

Rumo ao Direito Constitucional supranacional: princípios *Jus Cogens* de Direito Internacional como gramática comum da humanidade

Andréa Lyrio Ribeiro de Souza*

Sumário: Introdução; 2.Comunidade internacional e distinção entre princípios e valores; 3.Uma breve análise da evolução histórica do direito internacional; 4.Princípios Gerais de Direito Internacional; Conclusão; Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo propõe-se a analisar de que forma o reconhecimento do caráter *jus cogens* dos princípios gerais do direito internacional influencia a construção da ordem jurídica supranacional da comunidade internacional. Para tanto, será investigada a estreita relação entre princípios e valores, utilizando-se o critério de diferenciação proposto por Robert Alexy. O presente estudo vai, em seguida, enveredar pela evolução histórica do direito internacional a fim de demonstrar que nos dias atuais a internacionalização do direito acarretou uma fragmentação territorial e setorial, assumindo como características principais a pretensão de universalidade e a crescente importância dos princípios. Por fim, serão comparadas as propostas de internormatividade (Mireille Delmas-Marty), interconstitucionalidade (Peter Häberle) e intersemiotividade (Canotilho) para aquilatar se o processo de internacionalização de direito alavancado pelo movimento de valorização dos princípios conduz à mera homogeneização dos ordenamentos jurídicos em torno de uma cultura dominante ou, ao contrário, o “pluralismo ordenado” é possível.

Introdução

Este trabalho propõe-se a analisar de que forma o reconhecimento do caráter peremptório de determinados princípios gerais do direito internacional influencia a construção da ordem jurídica supranacional

Palavras-chave: direito; direito internacional; direito constitucional; *jus cogens*; princípios gerais de direito internacional; internacionalização do direito.

Abstract

*This article proposes to examine in which ways the admission of the principles *jus cogens* in International Law influences the construction of a supranational law of the international community. Therefore, it shall be investigated the close relation between principles and values, and the criteria of discrimination proposed by Robert Alexy. The next step will be the analysis of the historic evolution of International Law in order to prove that nowadays the internalization of the law causes a territorial and setorial fragmentation, and whose relevant characteristics are the aspiration of universality and the growing influence of the principles. At last, the theories of internormativity (Mireille Delmas-Marty), interconstitucionality (Peter Häberle) and intersemiotivity (Canotilho) shall be compared for us to see if the process of internalization of the law impelled by the principles leads to an agreement grounded in the dominant culture, or, in the contrary, the “organized pluralism” is possible.*

Key-words: law; international law; constitutional law; *jus cogens*; general principles of international law; internationalization of law.

de uma comunidade internacional “involuntariamente unida pelo risco”, na feliz expressão de Jürgen Habermas¹.

* Procuradora Regional da República. Mestranda em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB.

¹ Jürgen HABERMAS. *La Paix perpétuelle entre les nations*, p.74.

Para tanto, proceder-se-á à análise da evolução dos princípios gerais de direito internacional rumo à afirmação de seu caráter *jus cogens*, a fim de aquilatar se estrutural e materialmente tais princípios se prestam a espelhar os valores fundamentais da comunidade internacional.

Em seguida, estudaremos seus efeitos no processo de harmonização dos ordenamentos jurídicos nacionais, regionais e internacionais, com base nas ideias desenvolvidas por Mireille Delmas-Marty nas obras que compõem a trilogia “*Les forces imaginantes du droit*”, discutindo-se, outrossim, em que medida essa interação limita-se a acarretar uma internacionalização sem coordenação, ou, ao contrário, conduz ao “pluralismo ordenado” proposto pela emérita professora do Collège de France.

2. Comunidade internacional e distinção entre princípios e valores

O reconhecimento da força peremptória dos princípios gerais do direito internacional é fruto de longa construção doutrinária e jurisprudencial, correlacionando-se intimamente com o processo de internacionalização dos direitos humanos desencadeado a partir das duas grandes guerras mundiais, em resposta aos totalitarismos que negam a dignidade da pessoa humana como “valor-fonte” da ordem jurídica². Vislumbra-se, no pós-guerra, um movimento evolutivo do direito internacional no sentido da consolidação da proteção aos direitos humanos, ou seja, da afirmação do caráter plural da condição humana em um mundo multifacetado e em constante mutação, de sorte que o homem, como lembra Jorge Miranda, somente “na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino”³.

De início, o próprio conceito de comunidade internacional foi questionado, pois a distinção entre “comunidade”, que seria composta por Estados unidos por um sentimento comum, e “sociedade”, assentada tão-somente na necessidade de preservação de interesses próprios, desenvolvida pela teoria sociológica ale-

mã⁴, suscitou dúvidas acerca da possibilidade de uma comunidade internacional dos Estados, ante a ausência do vínculo subjetivo entre povos com origens e interesses diversos (e por vezes contraditórios).

A distinção entre *Gemeinschaft* e *Gesellschaft*, entretanto, restou superada no âmbito do direito internacional, já que, embora admita-se que existem marcadas divergências entre alguns povos, não se pode negar a crescente interdependência entre os Estados e o surgimento de algumas aspirações comuns (paz, justiça, desenvolvimento), o que teria forjado o vínculo subjetivo que caracteriza a ideia de comunidade, de maneira que as duas expressões passaram a ser empregadas como sinônimas, conforme leciona Dihl⁵.

Assente tal ponto, convém analisar desde logo o nascimento e a consolidação dos princípios gerais de direito internacional como normas jurídicas que regem a comunidade internacional.

Para tanto, cumpre esclarecer que nos valeremos da teoria desenvolvida por Robert Alexy, que conceitua os princípios como “mandamentos de otimização”, ao passo em que aponta a estreita relação entre princípios e valores, inclusive sob o ângulo estrutural. Também será adotado, aqui, o critério de diferenciação entre princípios e valores proposto pelo autor alemão, ou seja, “em virtude do seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.”⁶

⁴ Nguyen Quoc DINH; Patrick DAILLIER; Alain PELLET, *Direito Internacional Público*, p. 40-41.

⁵ Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 41.

⁶ Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.153. Acerca de conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos, confira-se o seguinte trecho da mesma obra: “A despeito dessas visíveis semelhanças, há uma diferença importantíssima entre valor e princípio, que pode ser melhor compreendida com base na divisão dos conceitos práticos composta sobre von Wright. Segundo ele, os conceitos práticos dividem-se em três grupos: os deontológicos, os axiológicos e os antropológicos. Exemplos de conceitos *deontológicos* são os conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo. Comum a esses conceitos, como será demonstrado mais adiante, é o fato de que podem ser reduzidos a um conceito deontológico básico, que é o conceito de dever ou dever-ser. Já os conceitos *axiológicos* são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou dever-ser, mas o conceito de bom. A diversidade dos conceitos axiológicos decorre da diversidade de critérios por meio dos quais algo pode ser classificado como bom. Assim, conceitos axiológicos são utilizados quando algo é classificado como bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito. Exemplos de conceitos *antropológicos*, por fim, são os conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação.” (p.145-146).

² Celso LAFER, *A reconstrução dos Direitos Humanos. Constituição, Racismo e Relações Internacionais*, p.133.

³ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional- Parte IV- Direitos Fundamentais*, p. 198.

Chamando atenção para o quão polêmico o conceito de norma remanesce para a Ciência do Direito⁷, Alexy inicialmente propõe uma concepção semântica na qual as expressões *norma* e *enunciado normativo* se distinguem; assim, para este modelo, a norma é o significado de um enunciado normativo, de sorte que a mesma norma pode ser expressa por distintos enunciados. Estabelecido que o conceito de norma é primário em relação ao conceito de enunciado normativo, conclui Alexy que “os critérios para identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo⁸”.

O autor alemão chama atenção, em seguida, para o uso de expressões deónticas, tais como “permitido”, “proibido” e “devem”, salientando que todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deóntico.

No caso das normas de direitos fundamentais, assinala o autor que uma de suas principais características é a indeterminação, decorrente de sua abertura semântica e estrutural. Ademais, de acordo com a concepção adotada por Alexy, além das normas de direito fundamental expressamente estabelecidas pela constituição, existem as chamadas normas de direito fundamental atribuídas, ou seja, aquelas que dependem de uma “relação de refinamento⁹” em relação a outras normas, que irão suprimir a indeterminação estrutural do texto constitucional. Uma e outra não dispensam, entretanto, o que Alexy define como a “correta fundamentação referida a direitos fundamentais¹⁰”.

Além de analisar o conceito de norma de direito fundamental, impende analisar a sua estrutura, efetuando-se a distinção entre regras e princípios, que é “(...) a base da teoria da fundamentação no âmbito dos di-

reitos fundamentais¹¹. Segundo Robert Alexy, deve-se efetuar uma distinção lógico-estrutural entre princípios e regras, mediante a qual os princípios são tidos como normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das situações fáticas e jurídicas presentes, ou, em outras palavras, contêm um “mandamento de otimização”, dado que podem ser satisfeitos em graus variados, de sorte que a medida de sua satisfação não depende só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas¹². As regras, por sua vez, são aplicadas conforme a lógica do “tudo ou nada”, de modo que eventual conflito entre regras só pode ser solucionado com a declaração de invalidade de uma delas ou, alternativamente, com a inclusão de uma cláusula de exceção. Para o autor, portanto, desca-be falar entre distinção de grau entre normas e princípios, porquanto a distinção é sempre qualitativa: trata-se de diferentes tipos de normas jurídicas.

Na hipótese de colisão entre princípios, imprescindível é a avaliação do peso¹³ que cada um ostenta no caso concretamente examinado, ou seja, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Nas palavras de Alexy, “A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.”¹⁴

Interessa aqui observar, outrossim, que a teoria de Alexy não admite princípios absolutos ou seja, princípios que em nenhuma hipótese cederiam em face de outros (i.e., teriam precedência em relação a todos os outros no caso de colisão), do contrário a lei da colisão¹⁵ não poderia ser aplicada.

Segundo sua teoria dos direitos fundamentais, sequer o princípio da dignidade da pessoa humana,

⁷ Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 52.

⁸ *Op. cit.*, p.54.

⁹ Cf. esclarece ALEXY, existe uma *relação de refinamento* entre a norma a ser refinada e a que refina, assim como uma *relação de fundamentação* entre as duas, o que permite considerar como normas de direitos fundamentais não somente normas que são expressas diretamente pelo texto constitucional, mas também aquelas que se encontram em uma relação de refinamento com as normas expressas na Constituição. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 72.

¹⁰ *Idem*, p.74-76. ALEXY ressalva, entretanto, que se tratando de uma norma diretamente estabelecida isso se faz através de uma referência ao texto constitucional, sendo que esse tipo de fundamentação é sempre diferente da fundamentação no caso de uma norma indiretamente estabelecida.

¹¹ *Idem*, p.85.

¹² *Idem*, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.90. Ver também Virgílio Afonso da SILVA, *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p.221.

¹³ Visto que, segundo a teoria de Alexy, as colisões entre princípios ocorrem no interior do ordenamento jurídico, o próprio conceito de colisão entre princípios pressupõe a validade dos princípios colidentes. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 110.

¹⁴ Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.96.

¹⁵ A lei ou o teorema da colisão, como já salientado acima, determina seja estabelecida uma relação de precedência entre os princípios colidentes, conforme as circunstâncias do caso concreto. A lei de colisão pressupõe: (a) a inexistência de relação absoluta de precedência e (b) refere-se a ações e situações que não são quantificáveis. Ver *op.cit.*, p.99.

que é alçado à condição de *metaprincípio* em diversos ordenamentos nacionais¹⁶ e no sistema internacional de proteção dos direitos do homem, pode esquivar-se de eventual sopesamento, ou seja, pode e deve ser contrastado com outros princípios a fim de determinar o seu conteúdo e eventual precedência. Imprescindível consignar, no entanto, que Alexy admite que no direito constitucional alemão a norma sobre dignidade é tratada parte como regra e parte como princípio, existindo, ademais, inúmeras condições de precedência que asseguram um elevado grau de certeza de que, em tais condições, o princípio da dignidade irá preponderar em relação aos princípios que porventura com ela colidam¹⁷.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se a necessidade de uma ordenação flexível dos direitos fundamentais¹⁸, fundada no estabelecimento de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor e, ainda, através de uma rede de decisões concretas sobre preferências, sendo que nas duas hipóteses subjaz a importância do sopesamento, que Alexy, com base nas decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, assim resume:

“Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”

Assim, infere-se que a lei de colisão não dá azo a que existam princípios com peso absoluto ou determinados em si mesmo: só se pode cogitar de pesos relativos e o sopesamento tem como resultado um enunciado de preferências condicionadas, a qual deverá corresponder uma regra de decisão diferenciada.

Ainda no que pertine à questão da flexibilidade, Alexy invoca os princípios triplamente abstraídos (que envolve uma abstração: a) em relação ao titular do direito, b) em relação ao destinatário do direito, na condição de obrigado e c) em relação a determinadas particularidades de seu objeto)¹⁹, que alinha de

“princípios de nível máximo de abstração”, realçando sua irradiação em todos os campos do Direito, embora veja como desvantagem sua indeterminação, o que, a seu ver, acarreta “uma das formas mais obscuras de fundamentação jurídica, a ‘dedução’ ou ‘derivação’ de conteúdos concretos a partir de princípios abstratos.”²⁰ Em outro momento desse trabalho, no entanto, procurar-se-á demonstrar que a indeterminação – assim como a flexibilidade – dos princípios é um dos elementos fundamentais para a construção de uma ordem constitucional supranacional.

O fenômeno da irradiação das normas de direitos fundamentais a todo o ordenamento jurídico, já aludido acima, vai acarretar um sistema substancialmente determinado pela Constituição, na medida em que todos os conteúdos do direito infraconstitucional são limitados pelas normas de direitos fundamentais. Ademais, considerando que além da abertura semântica e estrutural, as normas de direitos fundamentais possuem natureza principiológica, o sopesamento será indispensável para solucionar os casos concretos. Daí reforçar Alexy que a abertura inerente ao teorema do sopesamento conduz a uma similar abertura do sistema jurídico, que, por sua vez, será substancialmente determinado pelas normas de direitos fundamentais. Por fim, para o professor alemão, o sistema jurídico “substancialmente determinado pelas normas de direitos fundamentais” será um sistema aberto em face da Moral, na medida em que deverá adotar conceitos básicos de direitos fundamentais que também são conceitos fundamentais da Filosofia prática. Essa abertura do sistema diante da Moral leva o autor a concluir que a irradiação dos direitos fundamentais positivos em todas as ramificações do sistema jurídico “inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da ideia de justiça a todos os ramos do Direito”²¹.

A digressão acima efetuada visou clarificar tanto a estrutura das normas de direitos fundamentais quanto o seu papel no sistema jurídico a que conformam nos termos da teoria desenvolvida por Alexy, tendo ficado explicitada, ademais, a correlação entre princípios e valores e a relevância do sopesamento enquanto método racional de solução de colisões entre normas de direitos fundamentais.

¹⁶ Álvaro CRUZ menciona, com toda razão, que no contexto brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido considerado um metavalor ou o elemento agregador da unidade axiológica da Constituição, ou seja, o substrato material do princípio constitucional da unidade. In *Jurisdição Constitucional Democrática*, p. 190.

¹⁷ Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 11-112.

¹⁸ *Ob cit.*, p.163.

¹⁹ Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.526-527.

²⁰ *Op. cit.*, p.527.

²¹ Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.544.

Assentada nessa primeira parte da investigação os pontos mais relevantes da teoria dos princípios, passamos a aquilatar a sua trajetória no âmbito do direito internacional, desde os albores do jusnaturalismo até a controversa proclamação de seu caráter *jus cogens*.

3. Uma breve análise da evolução histórica do Direito Internacional

Registra Fábio Konder Comparato²² que o surgimento da lei escrita como regra geral e aplicável a todos os indivíduos integrantes de uma mesma sociedade organizada coincide com o nascimento da convicção de que todos os seres humanos têm direito a serem respeitados em decorrência de sua humanidade.

Citando o exemplo ateniense, o autor ressalta que as leis não escritas ostentavam a mesma importância, englobando tanto o costume juridicamente relevante quanto as leis ditas universais, que, em virtude de seu cunho eminentemente religioso, deveriam ser observadas em todos os países²³.

O transcorrer do tempo eliminou o caráter divino das leis não escritas, que, entretanto, continuaram a diferenciar-se das leis internas de um determinado Estado, engendrando o chamado *jus gentium* dos romanos, um direito de natureza privada, destinado a reger relações eminentemente comerciais, embora já deixe entrever a necessidade de um direito comum da humanidade.

A idade média contempla a queda do Império Romano e o ulterior surgimento das primeiras monarquias, observando-se um contínuo incremento das relações comerciais entre particulares e o exterior, ao passo que, na Europa, a cultura cristã impregna essas novas sociedades políticas com os mesmos valores comuns, de sorte a compor uma comunidade cristã.

É com o advento do Estado-nação, fincado no princípio da soberania, que o desenvolvimento do direito internacional interestatal ganhará força, marcado por um caráter fragmentário e absolutista. Daí advém a dificuldade de afirmação de um direito que, embora

nascido com aspirações universais, repousa no equilíbrio entre vontades soberanas para ser aplicado.

Surgem em seguida os chamados fundadores do direito internacional, como Francisco de Vitória, Francisco Suarez e Grócio, arrimados na noção de direito natural, anterior e superior ao direito positivo, na tradição dos gregos estoicos. Segundo os *founding fathers* do direito internacional, o direito natural contém princípios de *recta ratio* que serão racionalmente aplicados às relações internacionais, de sorte que a vontade soberana das nações deve ceder o passo àquele direito superior.

Alijando o direito natural como fundamento único do direito internacional, por sua imprecisão e subjetividade, surge a escola positivista, a qual vai privilegiar as regras pactuadas em tratados e forjadas pelo costume, em detrimento da ideia de um direito superior comum a todos os homens, salientando a importância da vontade e do consentimento dos Estados soberanos, quer seja este consentimento expresso ou tácito. Em outras palavras, o direito internacional, para a escola positivista, é um direito interestatal que rege a sociedade internacional, no qual os Estados têm plena liberdade para avaliar se e em que circunstâncias deve ser aplicado o direito natural.

Um outro momento crucial do direito internacional, que surge ante a constatação das deficiências do direito interestatal e da doutrina do equilíbrio entre as nações, é representado pela busca de institucionalização, ou seja, a ideia de que a criação de uma organização política mínima poderia simultaneamente unificar e conferir coerência ao sistema legal internacional, bem exemplificada pela fundação da Sociedade das Nações e, posteriormente, pela criação da Organização das Nações Unidas, instituições que refletem a busca pela universalidade do direito internacional.

Nos dias atuais, a unidade do direito internacional de uma sociedade global é posta em questão em face de sua fragmentação não apenas territorial, mas também setorial, o que vem acarretando colisões entre regimes nacionais e regimes de setores sociais globais, levando alguns autores a considerarem improvável a unificação de regimes fragmentários e autônomos, de

²² Fábio Konder COMPARATO, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, p.12-13.

²³ *Op. cit.*, p. 13.

maneira que o escopo do direito internacional deve se restringir à obtenção da compatibilidade - ainda que frouxa - entre esses fragmentos legais²⁴. Outra vertente doutrinária, na qual se destaca o posicionamento de Bertrand Badie, sustenta que a internacionalização remete à formação de um sistema internacional tendente à unificação de regras, valores e objetivos, em busca de uma convergência artificial, caracterizada pela importação dos modelos ocidentais pelas sociedades do Sul, e que acarreta o risco de configurar, ao invés de unidade e inovação, um *reles minetismo*.²⁵

A análise da natureza fragmentada do atual direito internacional – que alguns estudiosos já classificam como “pós-moderno”²⁶ – será posteriormente aprofundada, cumprindo esclarecer que esse brevíssimo esboço histórico visou acentuar duas características essenciais do novo direito internacional, as quais nos servirão de norte ao longo desse trabalho: a pretensão de universalidade e o papel dos princípios gerais do direito. Um e outro aspecto do direito internacional foram exaustivamente discutidos, de *per si*, por grandes luminares da doutrina e da jurisprudência. Interessamos, aqui, conjugá-los e interpretá-los em face do processo de internacionalização do direito a fim de conduzir uma enquête sobre o seu papel na criação de uma ordem jurídica supranacional. Para tanto, deve-se antes definir a natureza e estrutura desses princípios gerais do direito internacional.

4. Princípios gerais de Direito Internacional

Se no direito interno os princípios são majoritariamente considerados “a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição”²⁷, no direito internacional o seu papel, embora relevante, não adquiriu, até o momento, tamanha centralidade.

É certo que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu artigo 38, item 1, alínea “c”, prevê a

possibilidade de aplicação dos princípios gerais de direito “reconhecidos pelas nações civilizadas” nos seus julgados, o que para a maioria dos autores significa a admissão dos princípios gerais no rol das fontes de direito internacional²⁸.

Também o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados deixa entrever o caráter peremptório dos princípios gerais na medida em que os define como “norma aceita pela comunidade internacional dos Estados, no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de Direito Internacional geral da mesma natureza.”

Oportuna a advertência de Ian Brownlie no sentido de que a expressão “princípios gerais de direito internacional” pode abranger regras costumeiras, princípios gerais do direito no sentido do mencionado artigo do Estatuto da CIJ ou proposições lógicas resultantes de argumentação judicial e analogias oriundas da lei local²⁹. Citando alguns exemplos de princípios gerais, o autor menciona os princípios do consentimento, reciprocidade, igualdade entre os estados, validade geral dos acordos, boa-fé, e liberdade dos mares, para a final concluir que “(...) certos princípios fundamentais recentemente destacaram-se como princípios de *jus cogens* que podem influir nos efeitos de regras inferiores.”³⁰

Dinh, Daillier e Pellet, doutra banda, após salientarem a inexistência de hierarquia entre as fontes, advertem que a aplicação do princípio hierárquico é excepcionalmente admitida na hipótese de conflito entre norma imperativa (*jus cogens*) e uma outra norma, seja ela convencional ou costumeira³¹, embora reconheça que no chamado direito internacional clássico, limitado sobretudo às relações interestatais, o papel de tais regras é limitado. Em seguida, no entanto, o autor destaca que os novos domínios do direito internacional – dos quais são notáveis exemplos a Justiça Penal Internacional e os contratos transnacionais – parecem convidar a um uso mais frequente dos princípios ge-

²⁴ Andreas FISCHER-LESCANO; Gunther TEUBNER, *Regime Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law*, p. 327-346.

²⁵ Bertrand BADIE, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, p.10.

²⁶ Hildebrando ACCIOLY; Geraldo Eulálio do Nascimento e SILVA, *Manual de Direito Internacional Público*, *passim*.

²⁷ Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 294.

²⁸ Ian BROWLIE, *Principles of Public International Law*, p. 5.

²⁹ *Ob. cit.*, p.18.

³⁰ *Op.cit.* p. 19.

³¹ Nguyen Quoc DINH; Patrick DAILLIER; Alain PELLET, *Direito Internacional Público*, p.117.

rais, face à inexistência de precedentes e o ineditismo das situações jurídicas a serem dirimidas.

Na doutrina nacional também é dada atenção à crescente importância dos princípios gerais de direito internacional, bem representada pelo seguinte trecho da obra “Manual de Direito Internacional Público”, de Hildebrando Accioly e G.E. do Nascimento e Silva, atualizada por Paulo Borba Casella, *litteris*:

“As normas imperativas de direito internacional geral representam inovação relevante do direito internacional pós-moderno: sua aceitação representa marco na evolução da disciplina, mas o conceito encontra, todavia, certo nível de resistência por parte de alguns estados.

(...) A determinação do conteúdo da norma cogente de direito internacional é grande questão a ser enfrentada. Segundo Celso Albuquerque MELLO (1980), ‘este dispositivo tem sido considerado a grande contribuição doutrinária da Convenção de Viena’.”³²

Mireille Delmas-Marty, por sua vez, ao propor o seu “pluralismo ordenado”, salienta a importância de que se revestem os princípios da subsidiariedade e da complementaridade para que o direito nacional integre a proteção de interesses transnacionais e supranacionais, e, inversamente, para que o direito supranacional preserve sua competência nacional.³³

O motivo pelo qual os princípios gerais de direito prestam-se a uma lógica *fuzzy* e à “articulação suave do jurídico e do político” que devem reger a nova ordem internacional supranacional, consoante a construção teórica levada a cabo por Delmas-Marty ao longo dos três volumes de sua obra “Les forces imaginantes du droit”, advém, primeiramente, de sua própria estrutura³⁴: sua abertura e fluidez casam-se perfeitamente com a proposta de compatibilizar norma interna e norma

internacional no seio do “pluralismo ordenado”, conforme propõe a professora francesa, *verbis*:

“Assim se intercala, entre os dois termos da alternativa clássica (obrigação de conformidade/apreciação soberana dos Estados), uma obrigação, alegadamente dita, de ‘compatibilidade’: enquanto a conformidade acompanha a exigência de identidade (quer dizer, de práticas nacionais estritamente conformes à conduta prescrita pela norma internacional), a compatibilidade repousa sobre uma exigência de proximidade (práticas suficientemente próximas da norma internacional para serem julgadas compatíveis entre elas).”

Cabe aqui invocar a teoria de Robert Alexy sobre a distinção lógico-estrutural entre princípios e regras, a qual conceitua princípios como normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das situações fáticas e jurídicas presentes, ou, em outras palavras, contém um mandamento de otimização, na medida em que podem ser satisfeitos em graus variados, de sorte que a medida de sua satisfação não depende só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas³⁵.

Interessa aqui registrar, outrossim, que a teoria de Alexy que ora é sufragada não admite princípios absolutos ou seja, princípios que em nenhuma hipótese cederiam em face de outros; sequer o princípio da dignidade da pessoa humana, que é alçado à condição de *metaprincípio* em diversos ordenamentos nacionais e no sistema internacional de proteção dos direitos do homem, pode esquivar-se de eventual sopesamento, ou seja, pode ser contrastado com outros princípios a fim de determinar o seu conteúdo e eventual precedência.

Por outro lado, o “pluralismo ordenado” não pode dispensar a chamada “margem nacional de apreciação”, cujo papel é essencial para uma harmonização – ainda que mínima – em torno de princípios comuns, afastando assim o fantasma de um processo de internacionalização meramente hegemônico e avesso ao pluralismo.

A questão ainda mais candente, entretanto, refere-se ao reconhecimento de valores comuns, que seriam, no entender da professora Delmas-Marty, indispensáveis para determinar o sentido das normas

³² Hildebrando ACCIOLY; Geraldo Eulálio do Nascimento e SILVA; *Manual de Direito Internacional Público*, p.113.

³³ Mireille DELMAS-MARTY, *Le forces imaginantes du droit*(II). *Le Pluralisme Ordonné*, p.128.

³⁴ Nos termos em que preconizado por Robert ALEXEY: “Enquanto parte integrante de uma teoria integrativa, uma teoria estrutural é, primariamente, uma teoria analítica. Mas apenas primariamente, e não totalmente analítica, porque investiga estruturas como a dos conceitos de direitos fundamentais, de suas influências no sistema jurídico e na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais com vistas às tarefas práticas de uma teoria integrativa.” Ver *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.43.

³⁵ *Ibid*, p.90. Ver também Virgílio Afonso da SILVA, *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p.221.

aplicáveis à comunidade internacional³⁶, e que constituiriam o que denomina “conceitos jurídicos com vocação universal”³⁷, como, por exemplo, os direitos do homem, crimes contra a humanidade, a *lex mercatoria* e a *lex electronica*. Assinala, entretanto, que esses conceitos “fluidos” são fundados em valores potencialmente conflitantes, que muitas vezes vão opor os direitos humanos ao direito da humanidade, direitos humanos contra o mercado ou, mesmo no âmbito dos direitos do homem, direitos civis e políticos contra direitos econômicos, sociais e culturais, ou, ainda, direitos econômicos contra direitos sociais.³⁸

Sem negar os possíveis conflitos entre conjuntos normativos de mesmo nível hierárquico orientados por diferentes valores, Delmas-Marty sugere adotar a *internormatividade*, no sentido de uma dialética aberta entre ordens jurídicas diversas, enfatizando ainda que:

“Somente a referência aos valores, e sua ponderação, poderá fundar, no cruzamento dos diferentes conjuntos normativos, a legitimidade das escolhas. É indispensável, para reintroduzir essa legitimidade, religar globalização e universalismo de valores.”³⁹

Nesse mesmo diapasão orienta-se a proposta de criação de um estado constitucional cooperativo, concebido por Peter Häberle como “uma forma de estatalidade legítima do amanhã”, e por ele definido como “(...) o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade.”⁴⁰

À semelhança de Delmas-Marty, o constitucionalista alemão também reconhece a importância da *soft law* para plasmar esse novo direito internacional, que não é limitado pelo direito constitucional: ao contrário, esses dois ramos do direito se interpenetram e se cruzam reciprocamente para construir o direito constitucional cooperativo de uma sociedade aberta internacionalmente.

Também o papel dos direitos fundamentais como princípios jurídicos gerais no âmbito da União Europeia (*integration by Jurisprudence*) é tido por Häberle como exemplo de mecanismo assecuratório da realização cooperativa dos direitos humanos no estado constitucional cooperativo.⁴¹

Inspirado pelas propostas de Häberle, que vislumbra a constituição europeia como um espaço de cultura informado pela “constituição do pluralismo”, composta pelos princípios jurídicos fundamentais, os direitos fundamentais e valores comuns, o constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho indaga se a cultura e a comunidade internacionais não seriam “categorias universalmente possibilitadoras de um diálogo conducente a *cooperações reforçadas* entre oficiais do mesmo ofício inseridos em contextos constitucionais radicalmente plurais.”⁴²

Invocando a teoria da constituição como ciência da cultura de Häberle, centrada na proposta básica de abertura cultural, Canotilho coloca em questão a *intersemiotividade* como conjunto de regras referentes à produção e interpretação dos textos constitucionais, com a formulação de discursos e práticas sociais num contexto cultural pluralista. Ainda uma outra vez a *quaestio* atinente aos valores assume importância vital, *litteris*:

“As cristalizações e objectivações culturais recebidas e transformadas pelos textos constitucionais permitem avançar com interpretações abertas a valores como dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, democracia e socialidade.”⁴³

Quer se cogite, portanto, de *internormatividade* (Delmas-Marty), *interconstitucionalidade* (Häberle) ou *intersemiotividade* (Canotilho), a ideia que perpassa as três teorias é a mesma – a busca de harmonização entre sistemas jurídicos diferentes e que operam em diversas esferas, sem que o pluralismo seja sacrificado pela lei do mais forte economicamente (hegemonização). Daí a crucial importância que os princípios gerais de direito, enquanto instrumento dessa harmonização, vão assumir no novo direito internacional.

³⁶ *Les forces imaginantes du droit. Le Relatif et L'Universel*, p.23.

³⁷ *Ibid.*, p.25-47.

³⁸ *Ibid.*, p. 44-45.

³⁹ *Ibid.*, p.393.

⁴⁰ Peter HÄBERLE, *Estado Constitucional Cooperativo*, p. 4.

⁴¹ *Ob.cit.*, p. 67-69.

⁴² J.J. Gomes CANOTILHO, “Branquinhos” e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, p.246.

⁴³ Peter HÄBERLE, *Estado Constitucional Cooperativo* p. 279.

Conclusão

Explica-se: em decorrência da sua estrutura normativa, eventual colisão entre princípios não se resolve com a declaração de invalidade de uma das normas colidentes; com efeito, realizado o sopesamento, um dos princípios deverá ter precedência *naquelas determinadas condições*, sem que isso acarrete a invalidade do princípio cedente. Nas palavras de Robert Alexy:

“Uma descrição mais inequívoca de uma colisão entre princípios dificilmente seria possível. Duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é inválida, nenhuma tem precedência sobre a outra. O que vale depende da forma como será decidida a precedência entre elas sob a luz do caso concreto. É necessário notar, nesse ponto, que à mencionada variedade de formas de se denominar os objetos do sopesamento deverá ser acrescentada mais uma, a dos ‘valores constitucionais’.”⁴⁴

Em outras palavras, é justamente a “textura aberta” dos princípios que permite que os valores por eles expressos possam ser objeto de sopesamento, pois são “exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos”⁴⁵, o que vai de encontro à capilaridade e porosidade da ordem jurídica internacional que se desenha no terceiro milênio.

Dessarte, a adoção de princípios gerais – influenciando de forma objetiva a nova ordem jurídica supranacional, que se pretende flexível e evolutiva – torná-la-ia apta a acompanhar os desafios advindos da globalização, que, na condição de processo policêntrico⁴⁶, faz emergir sistemas parciais globais autônomos, organizados em rede, não raras vezes colidentes⁴⁷, o que contribuiria para moldar um direito internacional “suave”, que asseguraria um nível de compatibilidade mínima entre os sistemas jurídicos fragmentados.

Apesar de tudo quanto dito acima acerca do papel a ser desempenhado pelos princípios gerais de direito na construção do direito internacional “pós-moderno”, não se nega que existe um sério risco de que o processo de internacionalização do direito assuma foros de mera unificação das ordens jurídicas parciais sob a regência do modelo ocidental.

Com efeito, embora cultive-se uma exaltação da singularidade – talvez sem precedentes na história mundial – a interdependência entre os Estados é crescente, o que parece conduzir a uma pura e simples homogeneização em torno de uma cultura dominante.

Em vista de tais possibilidades, cabe retornar ao “pluralismo ordenado”, a fim de verificar se seus pressupostos revelam-se hábeis a debelar o fantasma da hegemonia do mais forte.

Partindo do exemplo do que intitula o “laboratório europeu”, Delmas-Marty admite que o movimento de integração de normas, na Europa, tem início com uma série de interações horizontais, como a cooperação internacional – a qual findou por conduzir à União Europeia, escudada em princípios como o reconhecimento mútuo e na aproximação dos direitos nacionais em torno de normas comuns supranacionais – sem negar, no entanto, que esse tipo de harmonização pode acarretar uma unificação por hibridação em domínios nos quais nenhuma margem nacional de apreciação é admitida⁴⁸.

A professora do *Collège de France* observa, no entanto, que em escala mundial, as trocas de jurisprudência entre cortes nacionais, regionais e inter-regionais implicam uma fertilização cruzada que favorece a integração jurídica (inclusive entre diferentes níveis normativos), advertindo, no entanto, que essas trocas permanecem no nível horizontal, já que ainda não existe unanimidade acerca do caráter *jus cogens* de determinados princípios gerais de direito. Propõe, como instrumentos para “ordenar o múltiplo”, ou seja, para imaginar um direito comum pluralista, o abandono do modelo tradicional da pirâmide kelseniana de normas, em prol de um modelo em rede que combine interações horizontais e verticais, e, ainda, o favorecimento

⁴⁴ Robert ALEXY, *Teoria dos Princípios Fundamentais*, p. 100-101.

⁴⁵ J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1037.

⁴⁶ Cf. definição de CANOTILHO: “A globalização é um processo policêntrico, que envolve vários domínios de actividade (economia, politica, tecnologia, militar, cultural, ambiental).” *In Brancos e Interconstitucionalidade*, p. 294-295.

⁴⁷ Andreas FISCHER-LESCANO; Gunther TEUBNER, *Regime Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law*, p.1000.

⁴⁸ Mireille DELMAS-MARTY, *Le Pluralisme Ordonné*, p.259-260.

de uma nova articulação – dita *suave* – entre o jurídico e o político, a fim de que essa ordem jurídica supranacional não fique limitada ao âmbito do Direito.

O próximo passo, segundo Delmas-Marty, é o mais difícil – a busca de um acordo acerca dos valores comuns, *conditio sine qua non* para ordenar o pluralismo. Isso nos remete, mais uma vez, à necessidade de construir um consenso, mínimo que seja, em torno de princípios gerais peremptórios, que expressariam os valores comuns da humanidade, embora muitos possam considerar a pretensão utópica. Mas a proposta viceja, conquanto timidamente. Colham-se dois exemplos na doutrina, de autores que dificilmente poderiam ser tachados de colonialistas.

Bertrand Badie, mesmo na condição de crítico da mundialização e da dependência cultural que ela, a seu ver, acarreta, sustenta que a cena internacional, enquanto conjunto das sociedades que a integram, comporta uma multiculturalidade que não aboliu as culturas, e sim conduziu à institucionalização da diferença, tanto em escala mundial quanto nacional.⁴⁹ Em outras palavras, seria simplificar muito concluir que a construção de uma gramática comum da humanidade implicasse pura e simplesmente o fim de qualquer possibilidade de pluralismo jurídico, quando a “força das coisas” demonstra que o processo de internacionalização não é linear e tampouco progride na mesma velocidade.

J.J. Gomes Canotilho, por sua vez, contundentemente assevera que a força conformadora de alguns instrumentos internacionais de direitos humanos, os quais estabelecem *standards* mínimos obrigatórios, já faz entrever o futuro do constitucionalismo global, não se furtando a constatar que o direito internacional converte-se cada vez mais em uma ordem imperativa, cujo núcleo duro é o *jus cogens* internacional, que condiciona tanto as relações internacionais, quanto a constituição interna.⁵⁰

Desse modo, a via proposta por Delmas-Marty – a definição de valores comuns, estruturados sob forma de princípios *jus cogens*, a fim de obter uma chave para o direito comum da humanidade – não parece irrazoável ou impraticável, embora indiscutível que o estado atual das relações internacionais não autorize um otimismo exagerado. Há que se observar, ainda, nesse certamente demorado e tortuoso trajeto rumo ao direito internacional global, a cautela preconizada

pela autora, no sentido de que essa construção não fique restrita ao Direito, porquanto:

“Somente na confluência das práticas jurídicas e políticas, mas também das representações filosóficas e antropológicas, é que uma verdadeira comunidade de valores deverá ser construída.”⁵¹

Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando *et al.* *Manual de Direito Internacional Público*, 16 ed., rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BADIE, Bertrand. *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*. Fayard, 1992

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 19 ed. – São Paulo: Malheiros, 2006.

BROWLIE, Ian. *Principles of Public International Law. Sixth Edition*. – New York: Oxford University Press Inc., 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. - “Brançosos” e Interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. – Coimbra: Almedina, 2006.

- Direito Constitucional e Teoria da Constituição – Coimbra, Almedina, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos. V ed. rev. e atual.* – São Paulo: Saraiva, 2007

DELMAS-MARTY. *Les forces imaginantes du droit. Le Relatif et L'Universel*. – Paris : Éditions du Seuil, 2004, p.23.

- *Les forces imaginantes du droit(II). Le Pluralisme Ordonné*. - Paris: Éditions du Seuil, 2006.

- *Les Forces Imaginantes du droit(III). La refondation des pouvoirs*. – Paris : Éditions du Seuil, 2007, p.278

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2 ed. Tradução de Vítor Marques Coelho – Lisboa, Fundação Calouste Gulbekian, 2003.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. In: Modern Law Review* 69, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *La Paix perpétuelle entre les nations*. Cerf, 1996.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Traduzido por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. - Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LA FER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos. Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. – Barueri-SP, Manole, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional- Parte IV- Direitos Fundamentais*, 4 ed. rev. e atual. – Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1 ed. 2 tir.* - São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴⁹ Bertrand BADIE, *L'État importé*, p. 315-316.

⁵⁰ J.J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1218.

⁵¹ Mireille DELMAS-MARTY, *Les Forces Imaginantes du droit(III). La refondation des pouvoirs*, p.278.